Causa appuntata a' 19 corr.te

25

P E R

D. Irene Schifini

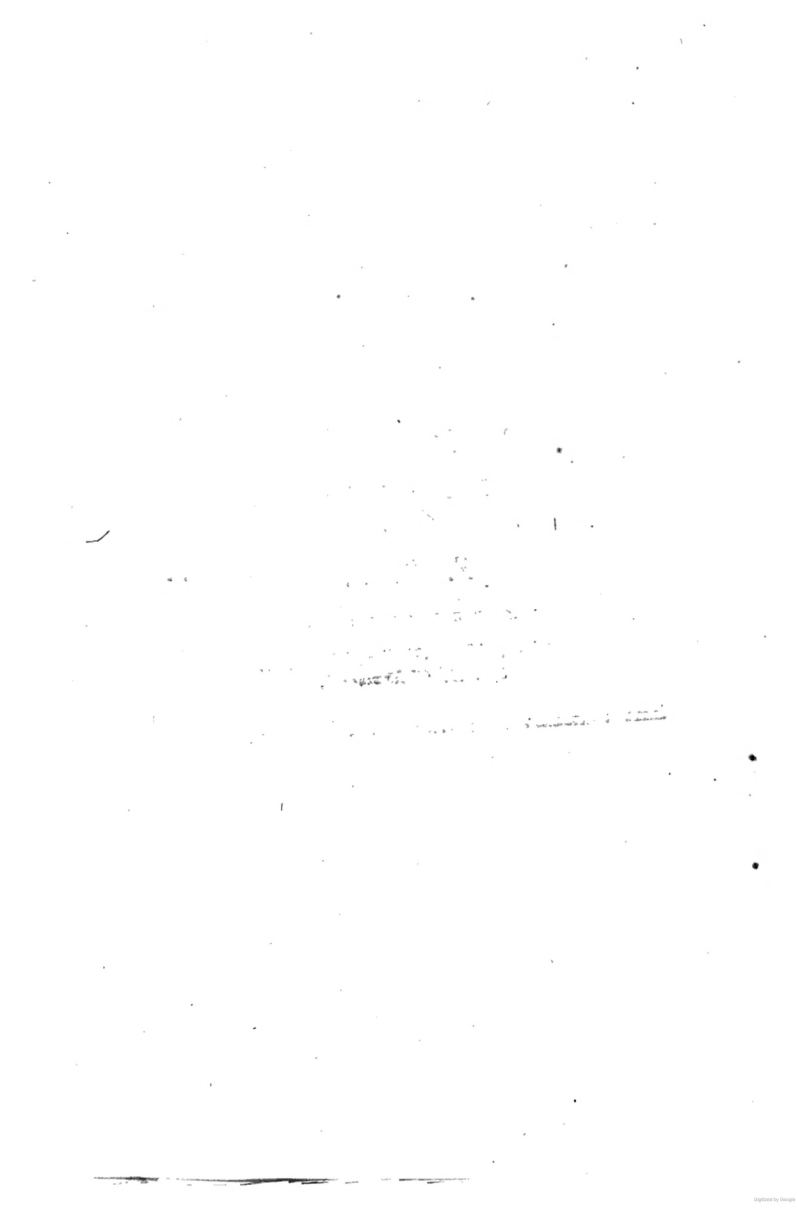
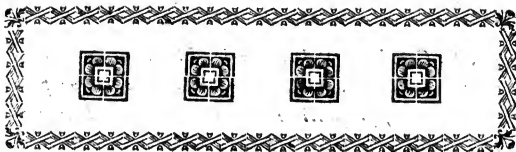
N E L

S. R. C.

A RELAZIONE

Del degnissimo Giudice della G. C.
Sig. D. C[...] Giuseppe Migliorini

25

Critoni (25)

D. Bernarda Fasano, moglie del Dottor D. Saverio Schifini, essendo vicina a morire, fece il suo scritto testamento a' 6. di luglio del 1803. Dichiarò prima di ogni altro, che allorchè contrasse matrimonio col Dottor Schifini, non furono stipulati capitoli matrimoniali, ma che tutti i beni, che ella possedeva, e che le eran pervenuti da D.Bernardo Fasano di lei padre, eransi amministrati dal marito. Disse inoltre, che avea con costui procreati molti figli, dei quali allora ne eran viventi dieci, cinque maschi, ed altrettante femmine. Di queste, soggiunse, essere già due andate a marito, ed aver fatto ampissima rinunzia riguardo a' beni paterni e materni; e quindi premise, che non avrebbe chiamate ambedue nella istituzion di eredi, che andava a fare, e che concepì ne' seguenti termini: *Io predetta D.Bernarda Fasano testatrice istituisco, ordino, e fo, e con la mia propria bocca nomino a me miei eredi universali e particolari* pro æquis portionibus *solamente detti D. Matteo, D. Francesco, D.Ferdinando, D.Raimondo, D. Tom-*

maso, *D. Carmina*, *D. Irene*, *e D. Elisabetta Schifini*, *miei cari e benedetti figli*, *a ciascuno di essi la sua parte e porzione sopra tutti e qualsivogliano miei beni mobili e stabili*, *presenti e futuri*, *oro*, *argento*, *denaro contante*, *esigenze*, *nomi di debitori*, *ed altro pervenutomi dall' eredità di detto qu. D. Bernardo fu mio padre*, *ovunque siti e posti*, præter *ed eccetto degl' infrascritti legati*, *quali voglio*, *che si debbano* ad unguem *adempire ed osservare da detto D. Saverio mio marito*, *e dal medesimo pagare li suddetti infradicendi legati*, *e ciò da sopra detti miei beni*. *Coll' espressa dichiarazione*, *essendo tale la mia volontà determinata*, *che se ciascuno de' miei figli maschi*, *come sopra istituiti eredi in eguale parte e porzione colle cennate tre mie figlie*, *si volesse opporre*, *o impugnare tale istituzione*, *in questo caso voglio e comando*, *che chi si oppone o tutto*, *o in parte*, *resti istituito erede nella sola legittima*, *che* de jure *li può spettare*, *ed il di più debba andare in beneficio delle dette mie tre figlie nubili D. Carmina*, *D. Irene*, *e D. Elisabetta*, *come pure del mio figlio D. Tommaso*, *quale contemplo con speciale amore*. Stabilì, che maritandosi taluna delle tre figlie, in tal caso *sia tenuto detto D. Saverio subito dare ed assegnare a quella figlia*, *che dovrà maritarsi*, *la porzione alla medesima spettante per li beni di me predetta testatrice*, *e ciò libera ed esplicita . . . . . ed in mancanza*, *o caso contrario sia lecito alle medesime*, *o ciascuna di esse ricorre-*

rere ove sarà necessario, e farsi assegnare la sua porzione di detti beni, e ciò libera ed esplicita. Indi fece altre ordinazioni e legati, che quì è inutile di rammentare (1).

Morta pochi giorni dopo con tal testamento D. Bernarda Fasano, D. Matteo Schifini, un de' di lei figli, ne domandò il preambolo dalla G. C.. E quantunque lo avesse chiesto con alcune riserve, tuttavia la G. C. non ammettendole, glielo accordò semplicemente per una delle otto porzioni; ed ei non se ne dolse (2).

Nei principj del seguente anno 1804. D. Irene Schifini, una delle tre figli nubili della testatrice, passò a marito con D. Antonio Trabacco. Ad occasion di queste nozze fu fatto un foglio tra i genitori de' due sposi, sottoscritto da essi, e da tre testimonj degni di fede. Ivi il Dott. Schifini per la dote della figliuola promise di pagare duc. 300.; *ed oltre a ciò io D. Saverio assegno a detta mia figlia D. Irene la porzione lasciatale dalla fu sua madre D. Bernarda Fasano, servata la forma del di lei testamento rogato per mano del Regio Notaro D. Gaetano Amodio di Napoli nel mese di giugno prossimo passato anno* 1803., *al quale in tutto mi rimetto*. E si apposero altri patti, che non sono del caso presente (3).

(1) *Fol.* 3. *ad* 4.

(2) *Fol.* 63.

(3) *Fol.* 61. *&* *a t.*

Niente ebbe D. Antonio Trabacco di ciò, che fu promesso ed assegnato per la dote di D.Irene sua sposa. Quindi per quel che riguardava i beni materni di costei, ella domandò nella G. C. il preambolo della madre per la ottava sua porzione (1). E la G. C. non esitò d'interporlo come erasi domandato (2). Ma il Dott. Schifini, che poco tempo innanzi avea riconosciuto il testamento della defunta moglie, alla notizia del preambolo spedito a favor della figliuola, mutato francamente consiglio, colla divisa di amministratore de' beni de' suoi figli si gravò del preambolo nel S.R.C., allegando, che a tenor della Consuetudine di questa Città la donna, che con figli si muoja, non può disporre de' suoi averi, se non per la decima parte (3). Ed ecco il padre in lite colla propria figlia, e con quella figlia, alla quale due mesi prima aveva assegnata la porzione, che le spettava in virtù del testamento materno.

Il S. R. C., discutendo il gravame, determinò, che la G.C. procedesse di nuovo alla spedizion del preambolo, intesi tutti gl' interessati. E la G. C. impartì termine sommario nella causa (4). D. Irene nel termine pruovò, che la ma-

(1) *Fol.* 1.

(2) *Fol.* 7.

(3) *Fol.* 10.

(4) *Fol.* 12.

madre avea fatto il testamento, col consiglio ed intervento del marito, che ora lo impugna. Ed avendo esibito i capitoli matrimoniali della di lei sorella D. Maria Antonia, maritata in vita della madre, fece vedere, che avendo ambedue i genitori dati a colei ducati 1400. per dote, venne quella a conseguir la virile su i beni materni, cosicchè la madre ebbe ragione da escluderla nel testamento dalla istituzione (1).

Compilato il termine colla scienza degl' interessati, la G. C. colla profondità del suo discernimento non trovò nelle opposizioni del Dott. Schifini ragione alcuna per rimuoversi dalla prima opinione. E mostrandosi tanto giusta, quanto egli erasi mostrato poco umano, confermò interamente il preambolo, che la prima volta aveva interposto (2).

Il Dottor Schifini fu sollecito a gravarsi per la seconda volta nel S. C. (3). Ma il S. C., conosciuta la futilità del gravame, confermò del tutto il giustissimo decreto della G. C. (4). Quì sembrava, che alla fine dovesse D. Irene rimanere in tranquillità. Ma il tenero padre non omise di produrre ben tosto avverso al decreto del S. C. il rime-

(1) *Fol.* 18. *ad* 36.

(2) *Fol.* 45.

(3) *Fol.* 46.

(4) *Fol.* 52.

mezzo delle nullità (1) delle quali [illegible] la di-
scussione.

Difendendo D. Irene Schifani, noi sostenghiamo la validità del testamento di sua madre: noi domandiamo la conferma del preambolo interposto dalla G. C. in suo favore in virtù di quel testamento. La intelligenza di una patria Consuetudine forma il soggetto della disputa. Questa intelligenza sarà facile e spedita, ove la Consuetudine si esamini colla mira di quel vero fine, che fecela ne' tempi andati adottare fra noi, e si scompagni da quello intrigo di comenti, d' interpetrazioni, e d' interminabili quistioni, che hanno sparsa tanta oscurità su le nostre Consuetudini, ed han somministrata tanta occasione di litigi, che uno scrittor del Foro con molta naturalezza ebbe a dire: *Petra offensionum est quilibet ferè locus Consuetudinum Neapolis* (2). Ma se le Consuetudini sono gli antichi nostri usi ridotti in iscritto, perchè portar tant' oltre il genio della contesa, e fino al punto, che debbasi far sembiante d'ignorare le costumanze del proprio paese? Ad ogni modo, adattandoci alle circostanze, vediamo qual sia lo stato attuale della controversia, e qual debba essere la difesa della nostra cliente.

STA-

(1) *Fol.* 54.

(2) *De Luca ad Decis.* 537. *de Franch.*

STATO DELLA CONTROVERSIA.

D. Irene Schifini, istituita erede dalla madre assieme coi fratelli e colle sorelle, vuole la osservanza del testamento; vuole la ottava parte de' beni ereditarj materni; vuole la conferma di quel preambolo, che dalla G. C. le fu dato, e che dal S. C. non fu rivocato. D. Saverio Schifini suo padre, colui, che consigliò il testamento, a nome de' figli maschi si oppone a sì giuste domande. Dice, che la Consuetudine *Si qua moriens* non permette alla donna napolitana altra disposizione per ultima volontà, se non della decima parte de' suoi beni, giacchè ella nelle rimanenti nove parti è intestabile, dovendo queste per beneficio della Consuetudine deferirsi a' figli. E poichè tra noi vivesi collo statuto esclusivo delle donne dalla successione nel concorso coi maschi, i quali son tenuti di dare a queste il solo paragio, così aggiunge D. Saverio, che i soli suoi figli maschi debbon succedere alla madre, senza tenersi conto della istituzione fatta delle femine, alle quali in conseguenza non la virile, giusta il testamento, ma il solo paragio, secondo lo statuto, si deve. E così dicendo, attacca di nullità il testamento e lo spedito preambolo.

Molto dice D. Saverio Schifini; ma non sappiamo, se possa il tutto agevolmente pruovare. Lasciando, che ei s'ingegni a distruggere quel testamento, che fu l'opera sua;

lasciando, che D. Matteo Schisini venga ancor egli ad impugnare il testamento dopo di avere accettato il preambolo per la ottava parte senza veruna riserva, noi in nome della figlia e sorella degli oppositori risponderemo all'una ed all'altra objezione. Dimostreremo in primo luogo, che D. Bernarda Fasano non era impedita dalla Consuetudine *Si qua moriens* a testare di tutti i suoi beni in beneficio de' figli. Pruoveremo in secondo luogo, che testando D. Bernarda di tutti i suoi beni, poteva contemplare in parti uguali i figli maschi e femmine insieme. Il vero sentimento delle Consuetudini, interpetrato con quelle regole, che somministra la sana ragione, e l'autorità degli scrittori opportunamente allegata, ci sarà di scorta nella nostra dimostrazione.

D. Bernarda Fasano non era impedita dalla Consuetudine Si qua moriens *a testare di tutti i suoi beni in favore de' figli.*

Molte singolarità si ravvisano nelle nostre Consuetudini, delle quali non vi ha esempio pari ne' costumi e nelle legislazioni degli altri Stati. Queste singolarità han fatto credere agli scrittori, che peregrina origine avessero gli usi nostri: e chi volle portate fin da Atene le nostre Consuetudini; chi le attribuì ai Longobardi, già padroni delle nostre contrade; chi le vide disseminate fra

fra noi dai Normanni, fondatori della nostra Monarchia; e chi trasse i loro natali dai Greci, che abitarono il nostro patrio suolo (1).

Non è nostro intendimento di discutere la origine delle Consuetudini, mettendo ad esame i diversi sentimenti adottati su di essa. Il certo è, che le singolarità vi sono, e tra le singolarità non ha l' ultimo luogo quella degli angusti limiti, ove le Consuetudini restringono l' arbitrio del testare agli uomini ed alle donne napolitane. La Consuetudine *Si aliquis moriens* non permette al Napolitano, che si muoja con figli, di disporre de' beni antichi, se non per una sola metà, giacchè l'altra deve lasciarla intera a' figli suoi. La Consuetudine *Et si testator* vuole, che il Napolitano, che non abbia figli, lasci egualmente intatta la suddetta metà per li più prossimi agnati e cognati. Finalmente la Consuetudine *Si qua moriens*, la quale forma l' oggetto della causa presente, consente appena, che la donna napolitana, che venga a morir con figli, disponga soltanto della decima parte delle sue doti e degli altri suoi beni.

Dissimo, esser questa una rimarchevole singolarità, poichè fra sì ristretti cancelli limita l' arbitrio de' testatori. In fatti

(1) Veggasi il Giannone; il Grimaldi, e Damiano Romano nell' Opera critica sulle Consuetudini.

le ſapientiſſime leggi decemvirali davano la più esteſa facoltà di teſtare ai Romani: *Verbis legis*, dice Pomponio, *duodecim tabularum bis*, UTI LEGASSIT SUÆ REI, ITA JUS ESTO, *latiſſima poteſtas tributa videtur & heredis inſtituendi, & legata & libertates dandi, tutelas quoque conſtituendi* (1). E' vero, che lo ſteſſo Giureconſulto ſoggiunga ben toſto: *Sed id interpetratione coanguſtatum eſt, vel legum, vel auctoritate jura conſtituentium* (2). Ed è vero, che quella illimitatiſſima facoltà fu poſteriormente alquanto riſtretta dalle Leggi Furia, Voconia, e Falcidia. Ma quelle tre Leggi, per teſtimonianza dello ſteſſo Imperador Giuſtiniano, *ipſorum teſtatorum gratia* furono emanate, appunto perchè gli ultimi voleri foſſero appieno eſeguiti, e gli eredi ſcritti non ricuſaſſero di adire le eredità (3).

Gli eruditi ſcrittori trovarono tanto conſentanea alla Natura la libera facoltà del teſtare, come era accordata dalle leggi decemvirali, che traſſero dal Dritto naturale la origine de' teſtamenti. Il dottiſſimo Ugon Grozio fu l' anteſignano di queſta opinione, e ſuppoſe, che la facoltà di teſtare foſſe inſita nella natura del dominio, guardando il te-

(1) *L. 120. ff. de V. S.*

(2) *Dict. l.*

(3) *Inſtit. de L. Falc. in princip.*

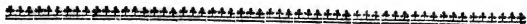
téstamento come un' alienazione della roba del testatore in beneficio di colui, a cui piace di trasferirla: *Illud quoque sciendum est, cum de alienatioae agimus, sub eo genere nobis etiam testamentum comprebendi. Quamquam enim testamentum, ut actus alii, formam certam accipere possit a Jure civili, ipsa tamen ejus substantia cognata est dominio, & eo dato, Juris naturalis* (1). Il che egli conferma coll' uso antichissimo de' testamenti, e ricevuto presso molte nazioni del mondo. Di fatto Sofocle rapporta il testamento di Ercole, Euripide quello di Alceste, Giustino quello di Dario, ed Omero la donazione di Telemaco *causa mortis*, e l' ultima volontà di Andromaca, e di Penelope (2). Dello stesso sentimento fu il chiarissimo Vinnio, il quale disse: *Hujus rei non leve argumentum est, licet a posteriori concludat, quod apud omnes fere gentes in usu testamenta fuerunt, sive jus cavendi de eo, quod quis post mortem suam fieri vellet. Philosophorum supremas aliquot voluntates refert Diogenes Laertius in Vitis philosophorum. Esaias Propheta annuntiat Ezechiæ Regi Judæ, ut domui suæ præcipiat, quasi mox morituro, II. Reg. 20. Et Tacitus de Germanis nostris ut singulare aliquid* no-

(1) *Grot. De jur. bel. & pac. lib. II. cap. 6. §. 14. n. 1.*

(2) *Grot. loc. cit. & in not. lit. L., ac lib. I. cap. 3. §. 12. n. 4. & seq.*

notat, quod nullum apud eos testamentum esset; lib. de morib. German. Idem quoque arguit, quod miles, qui secundum Jus gentium testari creditur, deportatum heredem instituere potest, L. 13. §. 2. de testam. mil., junct. L. 17. §. 1. de pœnis. Et secundum hæc ad populum Constantinus, NIHIL EST, *inquit*, QUOD MAGIS HOMINIBIS DEBEATUR, QUAM UT SUPREMÆ VOLUNTATIS (POST QUAM JAM ALIUD VELLE NON POSSUNT) LIBER SIT STYLUS, ET LICITUM, QUOD ITERUM NON REDIT, ARBITRIUM, *L. 1. Cod. de sacrosanct. Eccles.* S' incarica il Vinnio della objezione di taluni, i quali dicono, che disponendo il testatore in quel tempo, in cui finisce di esser padrone, non possa il testamento aver origine dal Dritto delle genti, alla di cui semplicità non conviene, che alcuno disponga della cosa non sua. *Sed assumptio hæc falsa est*, ei risponde. *Non enim de re aliena, sed sua, nimirum eo tempore, quo adhuc dominus est, testator disponit, & quid fieri velit ordinat: licet exequutionem voluntatis in tempus mortis suæ suspendat* (1).

Posto adunque, che la libera facoltà di testare abbia la sua origine dal Dritto della Natura e delle genti, e sia stata protetta dalle più culte legislazioni, ne segue, che le nostre

(1) *Vin. ad Instit. de testam. ord. in comment. in princip. n. 3.*

ſtre Conſuetudini, che tanto frenano i teſtatori, ſi oppongano direttamente a quel natural arbitrio, che eſſi avrebbero di diſporre de' loro beni. E poichè le provvidenze di eſſe intorno a ciò limitano ancora di gran lunga le reſtrizioni, che gli ultimi ſtabilimenti del comun Dritto hanno ingiunte a' teſtatori, è parimente legal conſeguenza, che le Conſuetudini iſteſſe, come oppoſte al Dritto naturale, e correttorie del comune, debbano ſtrettiſſimamente eſſere interpretate, ſenza che ſi poſſa dar loro un' arbitraria e capricciofa eſtenſione, e far loro dire ciò, che non vi fu ſcritto giammai. *Correctio, & mutatio legum non præſumitur*: è aſſioma fondato ſulle più ſicure regole della legge (1). E sul propoſito delle Conſuetudini ecco il penſare de' Dottori e del Foro: *Et poſtquam (Conſuetudo prædicta) corrigit Jus commune in uno, hæc correctio non eſt trahenda ad aliud ... & legum correctio eſt evitanda, in quantum fieri poteſt, ut jur. vulgat. Et in materia Conſuetudinum Neapolitanarum idem Neapodanus... dicit, quod Jura communia, multis vigiliis adinventa, totque conſiliis condita, tolli non debent, niſi rationabilior ſit ratio in tollendo, quam in ſtatuendo ... Et idem Neapodanus... dicit, in caſibus omiſsis ſervari Jus commune ... Et Conſuetudines prædictæ ſtricti juris*

 ſunt,

(1) *Gothofr. ad L. 32. C. de appellat.*

sunt, *ut alias est plene dictum*, *& dicit Neapodanus*. . . *Et quod non extendantur*, *idem Neapodanus* (1). Il che si trova uniformemente ripetuto in molti altri luoghi, tra' quali è il seguente: *Unde cum Consuetudo sit stricti juris*, *ut alias plene est dictum*, *& hoc dicit in propria materia Neapodanus* . . . , *non est extendenda ad alios casus non comprehensos in ea*, *sed illi remanerent sub dispositione Juris communis*, *secundum quod quilibet est moderator & arbiter in re sua*; *& idem Neapodanus* . . . *dicit*, *quod Consuetudines non recipiunt extensionem odiosam*, *sed bene recipiant æquitativam*, *& consonam Juri communi* (2).

Or con sì fatte premesse faccianci ad esaminare la Consuetudine *Si qua moriens*, assodato già, che non altro sia da essa accordato, o proibito, se non quanto in essa medesima si legge. Vediamo da questo esame, se la Consuetudine impediva a D. Bernarda Fasano di testare di tutti i suoi beni in favore de' figli. La Consuetudine adunque è scritta così: *Si qua moriens habeat filios*, *seu liberos*, *potest de dotibus suis*, *& aliis sibi obvenientibus ab agnatis*, *vel cognatis*, *jure successionis*, *vel titulo lucrativo*, *in sua ultima voluntate relinquere de decem partibus unam* *tan-*

(1) *De Franch. Decis.* 71. *num.* 10.
(2) *Id. Decis.* 392. *num:* 9.

tantum (1). Ognun comprende bene da se qual fosse stata la ragione, che determinò i Napolitani a permettere alle donne la libera disposizione della sola decima parte delle loro doti e de' loro beni. Noi nondimeno la diremo colle parole del riverito Comentatore delle Consuetudini: *Præterea causa finalis hujus probibitionis ex mente hujus Consuetudinis videtur esse duplex, existentia liberorum, & sexus fœmineus matris, ne, scilicet, suasione mariti, vel alterius, vel ex ipsius fragilitate sexus, qui facile circumvenitur, . . . filii fraudentur dotibus, & bonis obvenientibus eidem matri ab agnatis & cognatis suis, & per consequens filiorum, a quibus pervenerunt originaliter prædicta bona, & non a matre, licet mediante matre* (2). Era giusto, che a' figli pervenisse la dote della madre. Era convenevole, che gli altri beni materni fossero de' figliuoli. Ma la madre per la debolezza del suo sesso, e per quella facile condiscendenza e pieghevolezza, che hanno le donne alle altrui persuasioni, avrebbe potuto di leggieri privare i figli della sua roba, e beneficarne gli estranei. Accorse dunque provvida la Consuetudine, e contemplando i figli, dispose, che la madre lasciasse per essi intatte nove

 par-

(1) *Consuet. Neap. Tit. VI. de mul. hab. fil., qual. su. dot. disp.*

(2) *Napod. in Glos. ad d. Cons. in verbo Tantum.*

parti de' suoi beni. Noi però non vediamo, che la Consuetudine giungesse fino alla durezza di vietare alla madre, che potesse lasciare a' figli con testamento quei beni, che già per essi erano disegnati. Nè saprebbe concepirsi, perchè potendo convenevolmente accoppiarsi il giudizio materno al voler della Consuetudine, debba tuttavia affermarsi, che il testamento della madre, quantunque a quella consentaneo, sia nullo, giacchè la Consuetudine ha dichiarata la madre intestabile nelle nove parti. Ma in qual luogo del Consuetudine è scritta questa ingiuriosa dichiarazione?

I nostri contraddittori non sanno altramente rispondere a questa interrogazione, se non con un luogo del Napodano: *Ergo prædicta mulier quo ad reliquas novem unciarum partes habet labia clausa, manus ligatas, & arbitrium refrænatum; & sic est exclusa a potestate testandi, seu relinquendi; & sic intestabilis reddita est per hanc Consuetudinem* (1). Ma questo luogo del Napodano non ci dà poi tanto spavento, quanto ce ne vogliono infondere i nostri contraddittori; giacchè ben possiamo lor rispondere a due modi. O il Napodano dicendo così, ha creduto, che la madre fosse intestabile nelle nove parti ancor quando seguace della Consuetudine volesse lasciarle ai figli; ed in questo ca-

(1) *Napod. loc. cit.*

caſo la ſua opinione ricade nel nulla, perchè offende il buon ſenſo. Nè nel ſecol noſtro, grazie ai lumi migliori, che ſi ſono acquiſtati, il detto del Napodano deve eſſer tanto temuto e venerato, che, come nei tempi andati avveniva, baſti la ſua ſola autorità a decider qualunque conteſa, facendo anche tacere la ſana ragione. O il Napodano chiamando la donna inteſtabile nelle nove parti, ha voluto dire, che non poteva teſtarne in favor degli eſtranei ſolamente, perchè l' era impedito dalla Conſuetudine; ed in queſto ſecondo aſpetto i contraddittori avranno inutilmente allegato il luogo del Napodano. E tanto è vero, che in queſto ultimo ſenſo abbia il Napodano chiamata la madre inteſtabile, che non troviamo alcuno ſcrittore, il quale abbia oſato di dichiarar nulli i teſtamenti fatti dalle madri, quando abbiano laſciato ai figli le nove parti accordate ad eſſi dalla Conſuetudine. Anzi il Reggente de Marinis nell'eſaminare la quiſtione, ſe la madre iſtituendo erede il figlio, poteſſe tacitamente privare il marito dell' amminiſtrazione de' beni, e per conſeguenza del loro uſofrutto, conchiuſe nettamente così: *Et ſic concludo in terminis dictæ Conſuetudinis, cum novem partes eiſdem regulentur regulis, quibus & legitima regulatur, teneri matrem in illis portionibus filios ſimpliciter heredes inſtituere, nec poſſe in eorumdem beneficium aliquid in diſpoſitione addere, per quod pater illo jure veniat privandus, quod à lege ſuper bonis debitis de Jure Naturæ filiis*

 eſt

est ei tributum (1). Il che importa, che quel peritissimo scrittore era appieno persuaso, che non solo potea, ma doveva anche la madre istituire eredi i figli nelle nove parti de' suoi beni. *Teneri matrem*, disse, *non posse matrem*.

Del rimanente ogni dubbio resterà sciolto, subito che si assodi, con quale azione possano i figli ripetere le nove parti de' beni materni: quistione, che i comentatori delle Consuetudini han fatta comune colla metà de' beni antichi. Il Napodano, al quale si attengono i nostri contraddittori, fu di avviso, che queste porzioni riserbate a' figli dalle Consuetudini dovessero loro lasciarsi a titolo d'istituzione, e che da altra parte i figli vi succedessero colla qualità ereditaria: *Sed alii dicunt jure institutionis . . . sicque finaliter tenent, quod requiratur titulus institutionis, ut valeat testamentum ipsorum parentum; & quærunt ibi DD. quæ est ratio movens legislatores, quod requiratur titulus institutionis; & dicunt, quod causa honoris, nam honorabilior est titulus institutionis, quam legati . . . Intelligunt ergo hic relinquere jure institutionis, ut sic hæc lex nova, quæ dicit relinquere, intelligatur secundum veterem, scilicet jure institutionis . . . Item quia verbum generaliter dictum intelligitur secundum habilitatem Juris . . . Neque enim*

(1) *De Marin. Resolut. lib. II. cap.* 128. *in fin.*

enim credendum est, Principem, qui Jura tuetur, hujusmodi consensu observationem testamentorum multis vigiliis excogitatam & inventam velle evertere (1). In altro luogo lo stesso chiosatore scrisse, che non si poteano trasmettere queste porzioni, se prima non fossero state adite da colui, che era destinato dalla Consuetudine a succedere: *Praeterea hic proximiores admittuntur jure successionis, ut hic patet; quomodo ergo succedent in hereditate non adita per defunctum* (2)? Somigliante opinione portò Antonio di Alessandro (3). E più spiegatamente Carlo de Rosa, del quale son queste le parole: *Ego autem teneo, quod debetur jure successionis, nam tituli loquentes de medietate consuetudinaria relinquenda filiis & proximioribus ex linea, loquuntur de successionibus ex testamento & ab intestato; & dum loquuntur per verbum successionis, ideo ista medietas debetur cum qualitate hereditaria* . . . . *Ideo requiritur aditio*

(1) *Napod. in Glos. ad Conf. Si aliquis moriens, verbo* Relinquere.

(2) *Idem ad Conf. Si quis, vel si qua, in verbo* Materna *n.* 247.

(3) *Ant. de Alex. in apostilla ad Conf. Si aliquis moriens, incip. Circa hanc Conf., lit. D., & in alia apostilla incip. Nota, quod potest accidere, lit.* C.

tio, vel agnitio, aliter ista medietas non transmittitur (1). Così anche opinarono il Capece (2), il Minadoi (3), ed il Reggente de Ponte (4). Così ha giudicato il S. C. in varie decisioni, che sono riportate dal Presidente de Franchis. In fatti in una decisione tra le altre è detto: *Item quia bona, quæ reservantur filiis ex dispositione Consuetudinis prædictæ (Si qua moriens) debentur jure successionis... Quod est adeo verum, quod ad finem transmittendi requiritur agnitio, seu aditio* (5). Ed in un' altra decisione si ripete lo stesso: *Ut vidimus in materia Consuetudinis Neapolitanæ, in qua oportet, ut sit heres, qui ad novem partes, & ad medietatem admittitur* (6). E' chiaro adunque per l'autorità degli scrittori e delle cose giudicate, che dovendo la madre lasciar le nove parti de' suoi beni a' figli col titolo d'istituzione, e succedendovi questi colla qualità ereditaria, sia un grave assurdo il sostenere, che la madre sia intestabile ancor quando voglia testar delle nove

ve

(1) *De Rosa in Consuet. Si aliquis moriens, num.* 14.

(2) *In apostilla ad* §. *Eas autem Consuet. Si moriatur*.

(3) *In Consil. In aliquibus in* 4. *notab. n.* 15.

(4) *Consil.* 52. *n.* 21. *& Cons.* 53. *n.* 29.

(5) *De Franchis decis.* 89. *n.* 2. *&* 3.

(6) *Idem decis.* 525. *n.* 8. *Vid. etiam decis.* 374. *&* 536.

ve parti a favor de' figli suoi, prediletti per quelle dalla Consuetudine.

Raccogliamo adesso le idee sparse in questa prima dimostrazione. La Consuetudine *Si qua moriens* essendo opposta al natural arbitrio di testare, ed essendo correttoria del comun Dritto, deve essere strettamente interpetrata. Essa è scritta unicamente in favore de' figli, nè dichiara intestabile la madre, quando voglia disporre in grazia di costoro. Non dichiarandola intestabile, non lice di estenderla ad una durezza, che in essa non è. Nessuno scrittore giudicò, che fosse proibito alla madre di far testamento fra i limiti della Consuetudine. E poichè alle nove parti de' beni materni si succede colla qualità ereditaria, tanto meglio risulta la legittimità del testamento della madre. Dunque ben potea D. Bernarda Fasano disporre de' suoi beni a favore de' figli, nè per costoro avea chiuse le labbra, ligate le mani, e frenato l'arbitrio. Essendo valido il di lei testamento, passiamo a vedere, se potea con questo contemplare ugualmente i suoi figli dell' un sesso e dell' altro.

D.

D. Bernarda Fasano testando di tutti i suoi beni, potea contemplare in parti uguali i figli maschi e femmine insieme.

L'Altra ripugnanza con la equità naturale, che s'incontra nelle nostre Consuetudini, è la esclusione delle donne dalla successione de' loro genitori, allorchè siano in concorso co' maschi, spettando ad esse il solo paragio (1). Nel Dritto della Natura è sconosciuta cotesta preferenza de' maschi sulle donne; poichè quella stessa giustizia, che chiama i primi alla legittima successione, v'invita ancora ugualmente le altre. Il grande Ugon Grozio fa autorevole testimonianza di questa verità; e ne adduce per pruova l'antichissimo costume de' popoli: *Æquum liberis*, ei dice, *hereditatem relinqui, etiam filiabus, quas juxta filios heredes parentum fuisse more antiquissimo testatur Jobi historia*. (2). Le leggi delle dodici tavole, la di cui sapienza non sarà mai abbastanza lodata, non osarono discostarsi in ciò dalle naturali; e chiamarono a succedere i figli di entrambi i sessi senza distinzione veruna: *Lege antiqua duodecim tabularum omnes similiter ad successionem ab*

(1) *Consuet. Si moriatur Tit. I. De success. ab intest.*

(2) *Grot. de J. B. & P. lib. 2. c. 7. §. 4. in not. lit. E.*

ab intestato vocabantur (1). *Lex duodecim tabularum nulla discretione sexus successionem defert* (2). Ed i Pretori seguirono lo stesso sistema: *quod & Prætores postea sequuti esse videntur* (3).

L' Imperador Giustiniano dichiarò ripugnante alla Natura la esclusione delle donne. Confermando egli, che nella successione intestata de' genitori succedessero *æqua lance* i maschi e le femmine, si diede tutta la cura di togliere alcune altre differenze, che tra quelli, e queste erano in osservanza. *Qui enim tales differentias inducunt*, ei disse, *quasi Naturæ accusatores existunt, cur non totos masculos generavit, ut unde generentur non fiant* (4). Nè lasciò di ripeterne la ragione in altra legge: *Lege duodecim tabularum bene humano generi prospectum est, quæ unam consonantiam tam in maribus, quam in fœminis legitimis, & in eorum successionibus, necnon & in liberis observandam esse existimavit: nullo discrimine in successionibus habito, cum Natura utrumque corpus ediderit, ut maneat suis vicibus immortale, & alterum alterius auxilio egeat, & uno semoto, & alterum corrumpatur . . . . Quare Natu-*

(1) *Instit. De exhered. liber.* §. 5.

(2) *Gothofr. ad l.* 14. *C. de legit. hered.*

(3) *Instit. loc. cit.*

(4) *L.* 4. *C. de liber. præter. vel exhered.*

turam offendimus, & legitimo juri derogamus? . . . Quis patiatur . . . propter hoc solum puniri, quod fœminæ natæ sunt, & paterno vitio (si hoc vitium est) prolem innocentem gravari (1)? Finalmente con la Novella CXVIII. ammise l' Imperadore istesso alla successione intestata de' genitori i figli *cujuslibet naturæ*, cioè di ambedue i sessi insieme (2).

Noi non intendiamo con tutto ciò attaccar di fronte lo statuto esclusivo delle donne, il quale è quasi generalmente adottato. Il solo nostro oggetto è di conchiuderne, che la Consuetudine, la quale non ammette le figlie alla successione nel concorso co' fratelli, essendo ripugnante alla equità naturale, e correttoria del comun Dritto, non può (secondochè poco innanzi abbiam dimostrato) estendersi a danno delle donne anche ove esse non sono spiegatamente escluse. Ciò, che in quella semplicemente è scritto, deve soltanto osservarsi; nè si può ampliarne la ordinazione in detrimento delle femmine col pretesto di caso omesso, di verisimiglianza, o di necessaria illazione. *Quia Consuetudines non consideraverunt hunc casum, nec de eo loquutæ sunt, tamquam casus non consideratus remanet in dispositione Juris communis . . . . Consuetudines enim sunt stricti*

(1) *L. 14. C. De legit. hered.*

(2) *Novell. 118. cap. 1.*

ἑi juris . . . & ſunt civium conventiones . . . quæ non extenduntur de una perſona ad aliam. . . Ex qua etiam reſponſione tollitur id, quod ex adverſo ultimo loco dicebatur de veriſimili mente condentium Conſuetudines, quæ poſtquam veniunt ad correctionen Juris communis, quo proviſum eſt cuilibet de re ſua diſponere, & maxime in ultimis voluntatibus, non poſſunt ex veriſimili mente illas facientium extendi; legum enim correctio evitanda eſt (1). Così il S. C. ha coſtantemente regolate le ſue giudicature.

Fatte queſte avvertenze, torniamo alla Conſuetudine *Si qua moriens*, che è lo ſcudo de' noſtri avverſarj; e ripetiamone le parole: *Si qua moriens habeat filios, ſeu liberos, poteſt de dotibus ſuis, & aliis ſibi obvenientibus ab agnatis, vel cognatis jure ſucceſſionis, vel titulo lucrativo, in ſua ultima voluntate relinquere de decem partibus unum tantum.* Or noi non ſoſterremo quì ciò, che fu ſoſtenuto a' tempi del de Franchis, cioè, che queſta Conſuetudine non diſponga a chi debbano applicarſi le rimanenti nove parti dei beni materni (2). Comprende ognuno, che la Conſuetudine le voglia intatte per li figli. Il ſolo, che ſoſteniamo, è, che in queſte nove parti debban ſuccedere ugualmente i figli di entrambi i ſeſſi. Ove è in fatti, che in queſta Con-

(1) *De Franch. deciſ.* 91. *num.* 19. *& ſeqq.*

(2) *De Franchis deciſ.* 667. *n.* 3.

Consuetudine si dica, che i figli debbano succedere nelle nove parti al modo istesso, con cui è stabilita la successione nella Consuetudine *Si moriatur*, vale a dire, colla preferenza dei maschi? E se la Consuetudine *Si moriatur*, preferendo i maschi alle femmine, è ripugnante alla equità naturale, ed è correttoria del comun Dritto, con quale arbitrio potrà portarsi a signoreggiare su la Consuetudine *Si qua moriens* correttoria ugualmente, ed a spiegar su di essa ancora la sua efficacia ed attività? La Consuetudine *Si qua moriens* vuol che i figli abbiano le nove parti; e tace. La Consuetudine *Si moriatur* non può esser tratta dal luogo, che le fu assegnato, nè estendersi al di là. Dunque i figli debbono nelle nove parti succedere secondo i dettami del Dritto comune, senza che le femine soffrano quel danno, che nella Cousuetudine *Si qua moriens* non vedesi specificato. Aggiungasi, che la Consuetudine *Si moriatur* parla della successione intestata dei genitori, ed è registrata sotto al titolo *De successionibus ab intestato*. All'opposto la Consuetudine *Si qua moriens*, registrata in un titolo diverso, regola il testamento della donna, che si muoja con figli, nè vieta, come già abbiam dimostrato, che la donna disponga delle nove parti con testamento a favor de' figli suoi. Or come potrebbero queste due Consuetudini unirsi fra di loro in detrimento delle figlie femine, mentre l'una ha avuto un oggetto disparato da quello dell'altra?

Non

Non è quì inutile di far una osservazione. Il Re Carlo II. di Angiò nel proemio delle Consuetudini colla Sovrana sua voce ci assicura, che quelle furono scritte nel medesimo stile, in cui eran parlate dai Napolitani: *In stylo dictaminis civium* (1); che le lor parole eran quelle, che l'uso del popolo aveva adottate: *Illarum usualia verba* (2), Essendo così scritte le Consuetudini, noi vediamo nella Consuetudine *Si qua moriens* scolpitamente il favore delle figlie femine; giacchè non contenti i compilatori di aver detto, *habeat filios*, che secondo il parlare usuale avrebbe potuto significare i soli figli maschi, abbandonarono per un poco lo stile del popolo, e ricorrendo al linguaggio delle leggi di Roma, soggiunsero la parola, *seu liberos*, che in quella Giurisprudenza abbraccia tutti i figli indistintamente, *sive virilis*, *sive fœminini sexus sunt*, al dir di Ulpiano (3). Nè può dirsi, che nella Consuetudine siasi adoperata la parola, *liberos*, per significare i figli, i nipoti, e gli altri discendenti; poichè nella Consuetudine *Si moriatur*, ove di sì fatti discendenti si è voluto far parola, non si è dello stesso vocabolo fatto uso, ma si sono spiegatamente espressi i nipoti, le nipoti, *et deinceps*.
Per

(1) *In proem. Cons.* §. *Quarum serie*.

(2) *Ibidem*.

(3) *L.* 56. §. 1. *ff. de V. S.*

Per la qual cosa può ben dirsi, che nelle nove parti de' beni materni abbia voluto la Consuetudine contemplare egualmente i figli mascoli e le femine.

Il nodo però rimane sciolto dall'autorità dell'accurato Carlo de Rosa nel suo comento alla Consuetudine *Si qua moriens*. In parlando questo esperto comentatore delle nove parti de' beni, che la madre dee lasciare a' figli, fa la seguente interrogazione: *Et an de istis novem partibus possit plus uni filio relinqui, quam alteri?* Ed indi con quella profonda e vera intelligenza, che avea delle patrie costumanze, così risponde: *Et respondetur negando; nam ista Consuetudo vocat* OMNES *filios ad novem partes; & sic* OMNES *filii videntur a lege consuetudinaria admissi ad portionem* VIRILEM, *l. reos §. cum in tabulis ff. de duobus reis. Napodanus ad hanc Consuet., ubi dixit, has novem partes esse reservatas filiis quasi debitum Jure Naturæ; ideo non potest mater meliorare unum filium plusquam alium de istis novem partibus* (1). Or quì due cose voglionsi avvertire sul sentimento pregevole di questo scrittore. L'una è, che ei si vale della parola *omnes*, la quale aggiunta a' figli per la sua generalità abbraccia e comprende i maschi e le femmine insieme. *Quando vocati essent filii cum dictione universali, ut si substituti essent* OMNES *fi-*

---

(1) *De Rosa in Consuet. Si qua moriens, num. 9.*

filii, tunc fœminæ venirent ob vim dictionis universalis (1). Che se il de Rosa avesse opinato, che alle nove parti doveano succedere i soli figli maschi col peso del paragio verso delle sorelle, istrutto, come era, della proprietà del linguaggio forense non avrebbe certamente detto, che i figli TUTTI eran chiamati dalla Consuetudine indistintamente. L'altra avvertenza da farsi è, che l'avveduto comentatore, per non lasciar ombra di dubbio sul sentimento certo della Consuetudine, soggiunse, che TUTTI i figli sono ammessi dalla Consuetudine alla porzione VIRILE. Or è ben nota la intelligenza, che alla parola *virile* han data le nostre leggi ed i nostri scrittori. Tra noi è indubitato, che in un sol caso si parli di *virile*, quando voglia dirsi, che alla femina spetta una parte uguale a quella del maschio. Così adoperò tal vocabolo in una celebre sua Costituzione l'Imperador Federigo: *Si autem vivant Jure Longobardo, collatis dotibus, in* viriles *partes successione divisa, portionem suam conjugatæ, quæcunque sint, poterunt vendicare* (2). Così è adoperato in una Consuetudine: *Succedunt, & possunt petere portionem ...* virilem *ut fratres* (3); ed in un'altra più espressamente: *Fi-*

(1) *Fusar. de substit. quæst.* 311. *num.* 104. & 105.

(2) *Constit. Regn. Ut de successionibus.*

(3) *Consuet. Si moriatur §. Eas autem.*

Filii & filiæ, absque discretione sexus, succedunt eidem in viriles ; *quilibet scilicet ex filiis & filiabus pro æqualibus portionibus* (1). Così lo adoperano i nostri Dottori : *Filia habebit . . dotem, an* virilem (2)? *Fuit determinatum, quod dos esset usque ad portionem* virilem (3). *Paragium . . . quod aliquando . . . potest ascendere usque ad* virilem (4). Avendo dunque detto il de Rosa, che la Consuetudine ammette TUTTI i figli alla porzione VIRILE delle nove parti de' beni materni, è chiaro, che entrando nel vero spirito di questa patria costumanza, ei giudicò, che vi sono ammessi in porzioni perfettamente uguali ed i maschi e le femmine.

Noi sappiamo, che a tutto questo certo sistema non altro si possa opporre, che una *postilla* di Antonio di Alessandro sulla Consuetudine *Si aliquis moriens*, ove par che il contrario si sostenga. Ma affinchè si vegga quanto possa valere il sentimento singolare di cotesto comentatore, è giovevole, che quasi la intera *postilla* si trascriva, dividendola in due parti : I. *Nota, quod pater ex medietate bonorum obventorum sibi a consanguineis, quam tenetur liberis relin-*

(1) *Consuet. Si qua mulier.*

(2) *Capic. ad d. Consuet.*

(3) *Pisanel ad d. Consuet.*

(4) *De Alexandr. ad Consuet. Si aliquis moriens.*

linquere, non potest uni plusquam alteri relinquere; An ergo poterit filiam pro æquali portione cum masculis instituere? Et certe si ex virili portione assignanda filiæ non diminueretur dimidia bonorum, sed illa remaneret inexhausta, quæstio non haberet dubium. Sed quæstio procedit quando pater de dimidia bonorum testatur inter extraneos, in alia vero dimidia, quam tenetur filiis relinquere, miscet fæminam, & eam æquiparat masculis, & instituit in virilem. Et quoniam fratres hoc modo succedentes patri tenerentur sororem de paragio maritare, ut supra Consuet. Si moriatur; *certe si portio virilis filiæ non excedat paragium sibi debitum (quod aliquando, attenta conditione personarum, & aliis attendendis, potest ascendere usque ad virilem, ut no. And. de Isern. in Const.* In aliquibus) *isto casu institutio sine dubio procederet & valeret. Dubium autem est, quando portio virilis, in qua instituta est, excederet paragium, & sic diminueret portionem masculorum, quam haberent in ista medietate bonorum patris, si filiam non instituisset. Quæstio fuit de facto in persona Mariæ de Tocco; & videbatur mihi, talem institutionem de filia fieri non potuisse in præjudicinm masculorum per hunc textum, qui dicit, quod de tali medietate pater non potest uni plus quam alteri relinquere; & sic non potest diminuere id, quod Consuetudo ipsa defert ab intestato, nec illud alterare in præjudicium filiorum. Et si dicatur, quod*

in-

intentio hujus Consuetudinis fuit favere tam masculis, quam fœminis, certe subsequeretur absurdum, quod teneretur pater de ista medietate relinquere virilem filiæ; quod est absurdum. Si ergo non potest uni masculo relinquere in diminutionem alterius, ergo multo minus filiæ.

II. *Et multo fortius idem videtur dicendum in matre, quæ secundum Consuet.* Si qua moriens *de dotibus, & bonis obventis a consanguineis potest solum testari de decem partibus unam; An in residuo possit filium cum filia instituere æqualiter? Videtur, quod non, per suprascripta; & tanto fortius hoc casu, quia illa Consuetudo in residuo reddit matrem intestabilem, ut ibi declarat Glo.; & sic defert ab intestato successionem, & quæ ab ipsa matre videtur alterari non posse. Et pro hoc facit aperte dec. And. de Iser. in Constit.* In aliquibus *in quæstione illa, an pater vivens Jure Longobardo possit in burgensaticis filiam cum filio instituere. Ubi concludit, quod usque ad paragium potest eam instituere, quia illud habitura esset ab intestato; sed si eam instituerет in tanta quantitate, quæ minueret quod necesse habet filio relinquere (quod no. in L. 2. & 3. de eo, quod pat. necesse hab. fil. relinq. in Long.) tunc concludit, talem institutionem filiæ non præjudicare filio; vide ibi. Et in his terminis, scilicet in matre, succesit dubitatio in causa Mariæ de Tocco; & quia illa nondum decisa est, pro nunc subsisto; & vide*

tex.

ten. in Consuet. Si qua mulier, *ver. fin.* (1).

Or ecco le conseguenze, che noi vogliam trarre dal trascritto lungo luogo del di Alessandro, per valutare la efficacia del suo sentimento. Niente diremo della opinione manifestata nella prima parte della *postilla*, perchè non tocca la quistion presente, e perchè l'autore ha avuto almeno per compagno il Molfesio (2). Diremo solo in primo luogo, che il parere adottato nella seconda parte, la quale riguarda il caso nostro, ha tutto il demerito della singolarità, giacchè non ha avuto nè compagni, nè seguaci tra quanti han comentate le Consuetudini; ed il Molfesio, che riguardo al testamento del padre si unì al di Alessandro, non ebbe coraggio di seguirlo nel testamento della madre, ma si arrestò, e si tacque, temendo d'inciampare in un error grossolano. Or qual conto dovrà tenersi di un sentimento non accolto e non applaudito, e che rimasto solo e negletto non ha forza di fare autorità?

Inoltre è a considerarsi, che non bene Antonio di Alessandro dedusse la sua opinione intorno al testamento della madre da quello, che avea detto rispetto al testamento paterno. Imperocchè è assai diverso l'oggetto, che ebbero le

(1) *Anton. de Alexand. in Apost. ad Consuet. Si aliquis moriens, quæ incip. Circa istam Consuet. quæro.*

(2) *Molfes. Comment. ad Consuet. part. III. quæst. 7.*

le Consuetudini per li beni antichi, da quello, che si fissarono per li beni materni; e quindi è falsa la conseguenza, che dagli uni agli altri si trae. Le nostre Consuetudini nel volere, che i beni degl' intestati senza figli tornassero a quel lato, donde erano provenuti (1); nel volere, che de' beni antichi de' testati con prole pervenisse a' figli intatta la metà (2); nel volere, che la metà de' beni antichi de' testati senza figli andasse egualmente illesa a' congiunti più vicini (3), altro oggetto non ebbero, se non di custodire i beni nel casato, per conservarsi l' agiatezza ed il decoro del medesimo. E' questa una verità conosciuta, che non abbisogna di autorità per esser confermata. Il ritorno de' beni pel vantaggio della famiglia fu prescritto dalle antiche più culte legislazioni, trovandosene la memoria fra le leggi di Atene (4). La necessità di lasciare almeno la metà de' beni aviti a' proprj figli ebbe lo stesso fine. Noi non siamo nostri, dicea Platone, nè quanto alla persona, nè quanto ai beni, ma della gente e della famiglia presente e futura (5). Pervenendo a' figli i beni

(1) *Consuet. Si quis, vel si qua.*
(2) *Consuet. Si aliquis moriens.*
(3) *Consuet. Et si testator.*
(4) *Samuel Petitus ad LL. Atticas lib. 6. tit. 6.*
(5) *Plat. de LL. lib. XI.*

ni antichi del padre, non escono dalla famiglia, che gli ha posseduti, e la mantengono nell'istessa comodità.

Diverso fu l'oggetto della Consuetudine *Si qua moriens*, che diede a' figli le nove parti delle doti, e de' beni materni. I figli non sono della stessa famiglia, dello stesso casato della madre; ed in conseguenza pervenendo a' figli i beni materni, tanto è lungi, che vi si conservino, che per l'opposto passano dall'una famiglia all'altra, dall'uno all'altro casato. L'oggetto della Consuetudine *Si qua moriens* fu quello, che nel principio abbiamo accennato, fu quel doppio oggetto, che vividamente espresse il Napodano: *Existentia liberorum, et sexus fœmineus matris*. Ogni giustizia volea, che la madre non defraudasse i proprj figli de' suoi beni. Ogni ragione faceva antivedere, che la madre, come donna, e quindi debole ed inesperta, potea privarne i figli suoi. Possa dunque, si disse, la madre disporre della sola decima parte: il rimanente sia de' figli; ma lo sia non per conservarsi i beni nella stessa famiglia, oggetto delle altre Consuetudini non verificabile in questa, ma perchè è giusto, che i figli lo abbiano.

Essendo così diversi gli oggetti, cade la conseguenza immaginata da Antonio di Alessandro. Poichè i beni antichi debbono conservarsi nello stesso casato, è regolare, che vi succedano i soli maschi col peso di darne il paragio alle sorelle, le quali trasporterebbonsi fuori del casato, contro al fine della costumanza. Ma poichè non può ave-

ve-

verarsi, che i beni materni dovuti a' figli si custodiscano nella stessa famiglia della madre, è giusto, che tutti i figli, a' quali la Consuetudine ha provveduto, maschi, o femmine, che sieno, ne godano in uguali porzioni. Anderà dunque bene la prima parte della *postilla* del comentatore; ma la seconda, che contiene una fallace illazione della prima, non può reggere per mancanza di base.

Esaminiamo nonpertanto più da vicino questa seconda parte della *postilla*. Dice il di Alessandro, quasi dubitando, *videtur*, che la madre non possa istituire in parti uguali il figlio e la figlia; e *videtur, quod non, per suprascripta*. Or le cose scritte di sopra riguardano la metà de' beni antichi; e noi abbiam pruovato, che l'una cosa è diversa dall'altra. Soggiunge, che la Consuetudine *reddit matrem intestabilem*; e che in conseguenza si va colla regola della successione *ab intestato*, che non può dalla madre essere alterata. Ma noi abbiamo a lungo dimostrato, che la Consuetudine non fa le madri intestabili, quando vogliano disporre in favore de' figli loro.

Passa il comentatore a citare Andrea da Isernia, il quale dice, che il padre vivente col Dritto Longobardico non può ne' burgensatici istituire la figlia assieme col figlio, se non fino alla quantità del paragio. Ma come entra il Dritto Longobardico in questa disputa? Come dal testamento del padre si trae argomento per quello della madre? Ed è forse tra noi proibito al padre di uguagliar

col

col testamento le porzioni delle figlie femmine a quelle de' maschi? Matteo di Afflitto rammenta una decisione del S. C., che ebbe per *mascoliata* una figlia, la quale il padre aveva istituita nel testamento *pariter cum filiis*; e soggiunge: *ea maxime ratione, quia pater non prohibetur filiam instituere; nec haec Consuetudo prohibet*. E ciò, che dovrà recare meraviglia, sono le seguenti parole del di Afflitto: *Et ita etiam apostillavit Magnif. qu. D. Antonius de Alexandro in suo libro, ut audivi a meis collegis* (1).

Continua Antonio di Alessandro, che nella causa di Maria di Tocco si dubitò, se la madre potea nelle nove parti istituire ugualmente le figlie femmine co' maschi; ma aggiunge, che non essendosi ancora decisa quella causa, egli *pro nunc subsistit*. Dunque lo scioglimento dell' articolo non era tanto facile, se lo stesso di Alessandro aspettava, che il Tribunale lo decidesse, per potere con accerto rimanere assodato. Sì deboli appoggi ha il sentimento del nostro comentatore, che ei medesimo rimase vacillante e dubbioso!

Conchiude finalmente la *postilla* col rimetterci alla Consuetudine *Si qua mulier, ver. fin.* Or la Consuetudine *Si qua*

---

(1) *De Afflict. in Apost. ad Consuet. Si quis, vel si qua; §. Quod autem, quae incip. Quia ista Glo.*

qua mulier verso la fine altro non dice, che la donna, che si muoja testata con figli di diversi matrimonj, può disporre liberamente di quelle stesse cose, che le permette la precedente Consuetudine *Si qua moriens* [1]. Quindi non saprebbe intendersi a qual proposito la *postilla* citi il finale di quella Consuetudine. E così per tutti i lati si vede manifestamente, che la sola dottrina, che ci si poteva opporre, per la sua singolarità, per la sua debolezza, per le sue incoerenze, e per le dubitazioni dell'istesso suo autore, non è atta in alcun modo a distruggere il testamento della madre napolitana, che ha istituito eredi in parti uguali i suoi figli dell'un sesso e dell'altro.

Dunque la Consuetudine *Si moriatur*, che preferisce i maschi alle femmine, come ripugnevole alla equità naturale, e correttoria del comun Dritto, non può estendere le sue ordinazioni alla Consuetudine *Si qua moriens*, nella quale non veggonsi le femmine a' maschi pospostе. Le due Consuetudini niente hanno di comune tra di loro, nè l' una si mischia negli stabilimenti dell' altra. Un accurato comentatore ha trovato, che le femmine sono ammesse in parti virili co' maschi alla materna successione. Un altro con poca cura ha fatto dire alla Consuetudine ciò, che non vi è; ha tirato conseguenze fallaci; ed è ri-

[1] *Il parato, il donato dal marito, e la quarta.*